

VU Research Portal

Terughoudendheid in soorten en maten. Rechterlijke toetsing van de geloofwaardigheid van asielrelazen: de benadering van het EHRM en de Afdeling nader onderzocht

Geertsema, K.E.

published in

Asiel&Migrantenrecht

2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geertsema, K. E. (2012). Terughoudendheid in soorten en maten. Rechterlijke toetsing van de geloofwaardigheid van asielrelazen: de benadering van het EHRM en de Afdeling nader onderzocht. *Asiel&Migrantenrecht*, 2012(05/06), 247-257.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Toetsing oordeel geloofwaardigheid van het asielrelaas: Terughoudendheid in soorten en maten



De manier waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beoordeelt of de uitzetting van een uitgeprocedeerde asielzoeker in strijd is met artikel 3 EVRM kenmerkt zich door een 'rigorous scrutiny'. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wijkt indien nodig af van het nationale oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State daarentegen toetst het oordeel van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas marginaal. In dit artikel analyseert de auteur beide benaderingen aan de hand van jurisprudentie van beide rechterlijke instanties. Vervolgens wordt de vraag opgeworpen in hoeverre het EU-recht invloed uitoefent op de intensiteit van de nationale rechterlijke toetsing. Betoogd wordt dat uit de huidige Procedurerichtlijn (2005/85/EU), in samenhang met artikel 47 Handvest en de artikelen 6 en 13 EVRM, volgt dat nationale rechters hun nationale standaarden omtrent rechterlijke toetsing moeten aanpassen aan internationale normen over rechtsbescherming in het asielrecht.

Hoe toetst de rechter de beslissing over een asielvergunning? Als het aan de Europese Commissie ligt, wordt artikel 39 van de Procedurerichtlijn zodanig aangepast dat iedere rechter in de EU een volle en ex nunc beoordeling geeft van de bestuurlijke beslissing over een asielverzoek.¹ Of dit voorstel de eindstreep haalt, valt te betwijfelen,² maar de tekst laat zien dat de vraag hoe intensief de rechter een asielzaak beoordeelt, niet alleen relevant is voor de Nederlandse rechtspraak. De Afdeling Bestuursrechtspraak

van de Raad van State (hierna: ABRvS) zette in 2001 de lijn uit van een marginale rechterlijke toetsing van het bestuurlijk oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas.³ Binnen die lijn zijn sindsdien enkele verschuivingen zichtbaar, maar die verschuivingen lijken minimaal.⁴ De standaard blijft dat volgens de ABRvS het oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas terughoudend getoetst moet worden, omdat de machtscheiding dat vereist en de bestuurlijke autoriteiten deskundiger zijn dan de rechterlijke autoriteiten in de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas.⁵

De Nederlandse rechterlijke toetsing verschilt daarin van de rol die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna:

* Met dank aan prof. mr. T.P. Spijkerboer, mr. H. Helmink, mr. M. Reneman en mr. D. Baldinger voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

1 Herzien voorstel tot wijziging van de Procedurerichtlijn (2005/85/EG) d.d. 1 juni 2011, COM (2011)319, artikel 41 lid 3 (artikel 39 oud).

2 Het betreft al een tweede ronde van het voorstel, aangezien over het eerste voorstel geen overeenstemming werd bereikt. Onder het Deense voorzitterschap is de behandeling van het voorstel hoog op de agenda gezet (zie JBZ-raad 26 en 27 april 2012). Minister Leers heeft bij brief van 25 mei 2012 de Eerste en Tweede Kamer ingelicht over de voortgang en de Nederlandse bezwaren, brief d.d. 25 mei 2012, kenmerk 2012-0000296398, <http://www.eerstekamer.nl/eu, dossier E110027>.

3 ABRvS 11 september 2001, RV 2001, 18 m.nt.Vermeulen, NAV 2001/336 m.nt.Bruin.

4 ABRvS 17 februari 2010, JV 2010/139, ve10000269.

5 ABRvS 27 januari 2003, AB 2003,286 m.nt. Vermeulen, JV 2003/103 m.nt. Olivier, ve03000299.

het EHRM) vervult in 3 EVRM zaken waarbij uitzetting dreigt of reeds heeft plaats gevonden. Jurisprudentie over artikel 3 en 13 EVRM laat zien dat het EHRM een eigen beoordeling geeft van de feiten die door de klager worden gepresenteerd. Het EHRM geeft in de loop der jaren eveneens blijk van een eigen beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Het is niet verwonderlijk dat de verdragsstaten menen dat het EHRM moet waken voor een positie als vierde instantie in migratiezaken, gezien de toestroom van migratierechtelijke klachten in Straatsburg. De verdragsstaten zijn van mening dat het EHRM zich, mede op grond van het subsidiariteitsbeginsel, moet richten op de beoordeling van de effectiviteit van nationale procedures in plaats van een herbeoordeling te geven van de feiten en omstandigheden in een individuele zaak.⁶ Bestudering van de jurisprudentie van het EHRM laat een ontwikkeling zien van een terughoudende benadering⁷ naar een intensieve – eigen – beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas.⁸ Het is de vraag of de jurisprudentie nu weer een terughoudender opstelling zal laten zien, nu het EHRM een nieuwe standaardformulering heeft geïntroduceerd met betrekking tot de beoordeling van het nationale oordeel over de asielaanvraag die terughoudendheid impliceert.⁹ In dit artikel onderzoek ik waarin nu precies het verschil ligt tussen de benaderingen van beide gerechtelijke instanties van de geloofwaardigheid van een asielrelaas. Alvorens de betreffende jurisprudentie te bespreken, zal ik het belang van EU-rechtelijke normen voor de nationale rechterlijke toetsing schetsen (paragraaf 1). Daarna zal ik ingaan op het toetsingska-

(2005/85/EG), in samenhang met artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: Handvest) en de artikelen 6 en 13 EVRM, volgt dat nationale rechters hun nationale standdaarden omtrent rechterlijke toetsing moeten aanpassen aan internationale normen over rechtsbescherming in het asielrecht.

1 EU-recht en de rechterlijke toetsing in asielzaken

Vorig jaar juli deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) een belangwekkende uitspraak over de betekenis van artikel 47 Handvest en artikel 39 Procedurerichtlijn voor de asielprocedure. Het Hof van Justitie heeft zich daarin voorzichtig uitgelaten over de vereisten waaraan nationale rechterlijke toetsing in asielzaken moet voldoen.¹⁰ Die toetsing moet grondig zijn,¹¹ en moet zowel de feiten als de rechtsvragen betreffen.¹² Daarmee perkt artikel 47 Handvest het in de Luxemburgse jurisprudentie ontwikkelde beginsel van nationale procedurele autonomie in. Dit beginsel laat het, ten aanzien van die onderwerpen waarvoor geen zelfstandige EU-rechtelijke regeling geldt, aan het nationale recht om procedurele regels te bepalen die effectieve doorwerking van EU-recht garanderen. Volgens de Luxemburgse jurisprudentie begrenzen twee algemene beginselen van EU-recht de nationale procedurele autonomie: het gelijkwaardigheidsbeginsel, op grond waarvan de nationale procedurele regels over

Het is niet verwonderlijk dat de verdragsstaten menen dat het EHRM moet waken voor een positie als vierde instantie in migratiezaken.

der van de ABRvS ten aanzien van de rechterlijke toetsing van het oordeel over de geloofwaardigheid (paragraaf 2), waarbij eveneens het bestuurlijke beoordelingskader van de geloofwaardigheid van een asielrelaas aan de orde komt. Vervolgens volgt een overzicht van de artikel 3 EVRM jurisprudentie van het EHRM waarin de geloofwaardigheid van het asielrelaas een rol speelt (paragraaf 3). Hierin bekijk ik de wijze waarop het EHRM de geloofwaardigheid beoordeelt, en laat ik de vraag of daaruit normen voortvloeien ten aanzien van de nationale rechterlijke toetsing buiten beschouwing. In paragraaf 4 ga ik in op de verschillen tussen de benaderingen van de ABRvS en het EHRM. Vervolgens onderzoek ik wat de invloed is van artikel 6 EVRM, 13 EVRM en EU-rechtelijke normen op de nationale rechterlijke toetsing (paragraaf 5). Tot slot betoog ik in de conclusie (paragraaf 6) dat uit de huidige Procedurerichtlijn

EU-rechtelijke onderwerpen niet ongunstiger mogen zijn dan de nationale procedurele regels over nationale aangelegenheden, en het effectiviteitsbeginsel, dat vereist dat nationale procedurele regels de uitoefening van EU-rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.¹³ Artikel 47 Handvest begrenst de procedurele autonomie verder, nu op grond van dit artikel de waarborgen tevens aan de vereisten volgend uit artikel 6 en 13 van het EVRM moeten voldoen.¹⁴ De overwegingen in *Samba Diouf* waarin het Hof van Justitie zich uitlaat over de intensiteit van de rechterlijke toetsing, bevestigen dat de nationale rechterlijke toetsing valt onder het bereik van artikel 47 Handvest, en niet langer behoort tot het exclusieve domein van de nationale rechter.¹⁵ Dat de nationale rechterlijke toetsing grondig moet zijn, en zowel de feiten als rechtsvragen moet betreffen, heeft het Hof van Justitie later, onder verwijzing naar

6 Brighton Declaration, 19 en 20 april 2012 (<http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration>) en daarvoor de Izmir Declaration, 27 april 2011 (http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427_declaration_en.asp). Overigens worden daarin de overwegingen uit de Interlaken Declaration van 16 februari 2010 herhaald.

7 Zie b.v. EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, RV 1991,18 (*Cruz Varas t. Zweden*), ve09000306, waar het oordeel van de autoriteiten over de geloofwaardigheid wordt gevolgd zonder een eigen oordeel te geven.

8 Zie b.v. EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07, JV 2010/147 m.nt. Spijkerboer, *EHRM* 2010,51 m.nt. Reneman, RV 2010,62 m.nt. Zwaan, (*RC t. Zweden*), ve10000372.

9 EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, JV 2012/2 en RV 2011,60 m.nt. Geertsema (*Husseini t. Zweden*), ve11002946.

10 HwJ EU 28 juli 2011, nr. C-69/10, n.n.g. (*Samba Diouf*), AB 2011,304 m.nt. Widdershoven; M. Reneman, 'Uitspraak van de Maand' in: A&MR 2011, p. 296-297; JV 2011/373, ve11001765.

11 Paragraaf 56.

12 Paragraaf 57.

13 Zie uitgebreid: M. Reneman, 'Access to an effective remedy in asylum procedures' in: Amsterdam Law Forum, 2008, p.65-98, beschikbaar op <http://ojs.uvu.nl/alf/article/view/42/49>, geraadpleegd op: 31 mei 2012.

14 P.Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p.386 en 387, zie ook L. Parret, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos, potentieel, ongeleid projectiel?' in: NTER, 2012 nr. 5, p.157-168.

15 Widdershoven in zijn noot bij *Samba Diouf* in AB 2011, 304 en Reneman in *Uitspraak van de Maand*, in: A&MR 2011, p. 296-297, ve11001765.

Samba Diouf, bevestigd.¹⁶ Voor de verdere interpretatie die het Hof van Justitie zal geven van de intensiteit van de rechterlijke toetsing als onderdeel van de effectieve rechtsbescherming, is de jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 en 13 EVRM van

toetst.²² Het Nederlandse beleid over de beoordeling van een asielrelaas is daarop aangepast, waardoor de vermoedens van de asielzoeker over mogelijke toekomstige gebeurtenissen niet langer behoren tot de 'geloofwaardigheid van het asielrelaas',

Sinds 21 juli 2009 behoren de vermoedens van de asielzoeker over toekomstige gebeurtenissen volgens de Afdeling 'zonder terughoudendheid' te worden getoetst.

belang. Dit terwijl artikel 6 EVRM zelf niet van toepassing is op migratierechtelijke zaken.¹⁷ Daarmee is een nieuw element toegevoegd aan de Nederlandse discussie over de marginale toetsing in asielzaken.

2 De rechterlijke toetsing van de geloofwaardigheid van het asielrelaas volgens de ABRvS

De motivering die de Afdeling op 27 januari 2003 heeft gegeven voor een marginale toetsing van het bestuurlijk oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas is anno 2012 nog steeds relevant. De Afdeling geeft twee argumenten die een terughoudende rechterlijke toetsing rechtvaardigen.

Allereerst de positie van de rechter en de positie van het bestuur: het bestuur geniet democratische legitimatie, en moet om die reden in vrijheid kunnen oordelen. De rechter geniet die legitimatie niet, en moet zich daarom terughoudend opstellen.¹⁸

Het tweede argument is gelegen in de deskundigheid van het bestuur. Het bestuur heeft expertise in het beoordelen van de geloofwaardigheid van asielrelaas, de rechter heeft dat niet.¹⁹ Het bestuur heeft op grond hiervan beoordelingsruimte, waardoor de rechter het oordeel over de geloofwaardigheid van het relaas terughoudend moet toetsen. Ook de wetgever acht een intensieve rechterlijke toetsing niet gewenst wegens mogelijk langere procedures, hogere kosten voor de rechterlijke macht, gespecialiseerde kennis van het bestuur en het risico dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten.²⁰

Inmiddels heeft de Afdeling de lijn genuanceerd.²¹ Sinds 21 juli 2009 behoren de vermoedens van de asielzoeker over toekomstige gebeurtenissen 'zonder terughoudendheid' te worden ge-

maard beoordeeld worden bij de 'zwaarwegendheid van het asielrelaas'.²³ Dit neemt echter niet weg dat asielzoekers in de Nederlandse asielprocedure eerst worden beoordeeld op hun gedocumenteerdheid. Bij documentloosheid wordt de bewijslast voor de asielzoeker verzwaaard met de eis van positieve overtuigingskracht van het asielrelaas.²⁴ Verklaringen over reisroute en nationaliteit kunnen grote invloed hebben op de geloofwaardigheid van een asielrelaas, waarbij de rechter die besluitvorming terughoudend moet toetsen. Dit houdt in dat de rechter een beslissing toetst aan de beginselen van zorgvuldige besluitvorming en zorgvuldige motivering en voorts beoordeelt of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Van een grondige toetsing van zowel alle feiten als alle rechtsvragen is dan geen sprake. Te meer daar de rechter in de toetsing van de zorgvuldigheid en de motivering van een besluit ook beperkte ruimte heeft.²⁵

3 Het EHRM en de geloofwaardigheid van een asielrelaas

De beoordeling die het EHRM hanteert in 3 EVRM-zaken is gekarakteriseerd als 'rigorous scrutiny'.²⁶ Het Hof neemt een schending van artikel 3 EVRM aan indien is aangetoond dat er een reëel risico is op een onmenselijke of vernederende behandeling.²⁷ Niet alleen de nationale beslissing over de asiel-aanvraag speelt een rol in die beoordeling, maar ook andere stukken die zien op dat mogelijke risico. Het EHRM beoordeelt de situatie in het licht van het bewijs dat is aangedragen en, indien noodzakelijk, op grond van materiaal dat het EHRM 'proprio motu' verkrijgt.²⁸ Dit element is van belang omdat het

16 HvJ EU 17 november 2011, nr. C-430/10, n.n.g. (*Gaydarov*) r.o. 41, JV 2012/7, ve11002843 (in een zaak over het Unieburgerschap) en HvJ EU 8 december 2011, nr. C-386/10, n.n.g. (*Chalkor tegen de Europese Commissie*) r.o. 51-53, EHRC 2012,4 (in een zaak over rechterlijke toetsing van een punitieve sanctie).

17 EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98 (*Maaouia t. Frankrijk*, ve03000755). Zie echter EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (*Othman t. UK*, ve12000195) waarin het EHRM overwoog dat het beginsel van fair trial wel een zelfstandig refoulementverbod met zich mee kan brengen.

18 ABRvS 27 januari 2003, AB 2003,286 m.nt. Vermeulen, JV 2003/103 m.nt. Olivier, r.o. 2.4.2, ve03000299.

19 ABRvS 27 januari 2003, AB 2003,286 m.nt. Vermeulen, JV 2003/103 m.nt. Olivier, r.o. 2.4.6, ve03000299.

20 Reactie van de Minister op het amendement bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Kst. 31 994) van Koser Kaya en van Velzen van 7 december 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 994, nr. 25, p. 35, ve10000226 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 994, nr. 28, ve10000173. Het wetsvoorstel van D66 over de volle rechterlijke toetsing is nog steeds aanhangig (Kamerstuk 30 830, ve07001011).

21 Zie ook van W. Bennekom, J. van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 308-319.

22 ABRvS 21 juli 2009, JV 2009/378 m.nt. Geertsema, ve09001026, zie ook ABRvS 17 februari 2010, JV 2010/139, ve10000269.

23 Besluit van de Minister van Justitie van 24 juni 2010, WBV 2010/10, ve10000957 (Vc2000 C14.2.4) en Werkinstructie 2010/14 van 15 december 2010, ve100002393 (www.ind.nl), geraadpleegd op: 31 mei 2012.

24 Artikel 31 lid 2 onder f Vw jo. Vc2000 C14/2.4, ve12001150 jo. Werkinstructie 2010/14 van 15 december 2010, ve100002393.

25 Wat betreft de motivering zie bijvoorbeeld ABRvS 27 april 2012, nr.201109421/1/V2, LJN BW4916, ve12001121, waarin onderdelen van de motivering niet afzonderlijk mogen worden getoetst en ABRvS 12 mei 2010, nr.200907996/1/V2, waarin de motivering voldoende was ondanks dat de minister het standpunt dat het relaas niet positief overtuigend was, niet kon onderbouwen met objectief verifieerbare bronnen. Zie betreft de zorgvuldigheid zie b.v. ABRvS 13 juli 2007, nr. 200700564/1, LJN AZ9706, JV 2007/167, ve07000447.

26 EHRM 7 juli 2000, nr. 40035/98, par. 39. (*Jabari t. Turkije*), ve02000471; EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, par. 96 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), ve07002093; EHRM 28 februari 2008, nr.37201/06, ve08000377, par. 125 (*Saadi t. Italië*). In dit artikel handhaaf ik de Engelse term 'rigorous scrutiny', zodat daarmee de context van het EHRM duidelijk is.

27 EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, par. 69 en 70 (*Cruz Varas t. Zweden*), ve09000306; EHRM 30 oktober 1991, nr.13163/87, par.103 (*Vilvarajah t. UK*), ve09000244.

28 EHRM 30 oktober 1991, nr.13163/87, par. 107, (*Vilvarajah t. VK*), ve09000244; EHRM 28 februari 2008, nr.37201/06, par. 131 (*Saadi t. Italië*), ve08000377.

EHRM zowel informatie over de algemene (veiligheids)situatie zelfstandig beoordeelt als documenten of stukken die de individuele klacht ondersteunen. Nationale procedureregels spelen in deze beoordeling geheel geen rol.²⁹ Artikel 3 EVRM is primair een materiële norm, maar uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat de norm ook procedurele effecten heeft, zoals de plicht voor de overheid tot het doen van zorgvuldig onderzoek.³⁰ In geen enkele asielgerelateerde klacht heeft het EHRM expliciet een procedurele schending aangenomen, hetgeen niet betekent dat de jurisprudentie over de procedurele effecten van artikel 3 EVRM niet van toepassing is in uitzettingszaken.³¹ Bij de beoordeling die het EHRM in uitzettingszaken uitvoert is de bewijslast verdeeld tussen de staat en de verzoeker. De verzoeker dient een begin van bewijs naar voren te brengen dat zodanig overtuigend is dat het aantoonbaar is sprake is van een reëel risico. Indien zulk bewijs naar voren is gebracht, is het aan de staat om iedere twijfel naar aanleiding van dit bewijs weg te nemen.³² De geloofwaardigheid van het asielrelaas is – meestal – beoordeeld in de nationale asielprocedure, waardoor het EHRM in zaken waarin de geloofwaardigheid van het relaas ter discussie staat, zich moet uitlaten over het nationale (bestuurlijke) oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Over de geloofwaardigheid van een asielrelaas zegt het EHRM dat “owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently neces-

sary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof. However, when information is presented which gives strong reasons to question the veracity of an asylum seekers submissions, the individual must provide satisfactory explanation for the alleged discrepancies.”³³ Voor het EHRM staat het voordeel van de twijfel centraal bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas. Over de nationale asielprocedure zegt het EHRM dat “the Court does not itself examine the actual asylum applications or verify how the States honour their obligations under the Geneva

3.1 Deskundigheid autoriteiten

Het argument dat het bestuur de deskundigheid bezit om de geloofwaardigheid van een asielrelaas te beoordelen, is niet typisch Nederlands. Meerdere staten beroepen zich op de expertise van de bestuurlijke autoriteiten.³⁴ Het EHRM erkent dat het een algemeen beginsel is dat de nationale autoriteiten in de beste positie verkeren om niet alleen de feiten te beoordelen maar ook om de geloofwaardigheid van de asielzoeker te beoordelen, omdat zij in de gelegenheid zijn geweest om een individu te zien, te horen en het gedrag van de persoon te beoordelen.³⁵ Sinds de zaak *Husseini* overweegt het EHRM in uitzettingszaken dat het een algemeen beginsel is dat het EHRM nagaat of de beoordeling van de nationale autoriteiten – zowel bestuurlijk als rechterlijk – zorgvuldig is en voldoende gedragen wordt door beschikbare en betrouwbare informatie.³⁷ Daarbij beoordeelt het EHRM ook of de uitkomst van de procedures niet ‘arbitrary’ is.³⁸ Het EHRM legt hierdoor meer

Het argument dat het bestuur de deskundigheid bezit om de geloofwaardigheid van een asielrelaas te beoordelen, is niet typisch Nederlands.

nadruk op de zorgvuldigheid van de nationale asielprocedure, maar laat ook zien dat het nog altijd overgaat tot een eigen beoordeling van de feiten, waaronder de geloofwaardigheid.³⁹ Het EHRM geeft altijd een eigen oordeel over de beschikbare en betrouwbare informatie, en kijkt indien nodig op basis van de bestudering van die informatie af van het oordeel van de nationale autoriteiten over de geloofwaardigheid van het relaas.⁴⁰ Als de beschikbare informatie wijst op juiste besluitvorming op nationaal niveau, refereert het EHRM aan de zorgvul-

29 EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99 (*Hilal t. VK*), ve07000655.

30 Zie b.v. EHRM 28 september 1998, Reports 1998-VII, p. 3290 § 102 (*Assenov t. Bulgarije*); EHRM 11 april 2000, nr. 32357/96, EHRC 2000/48 (*Sevtap Vesnedaroglu t. Turkije*), ve12001121; en EHRM 3 juli 2008, nr. 7188/03, EHRC 2008/104, (*Chember t. Rusland*); zie ook Harris, O’Boyle & Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 108-111.

31 Zie b.v. EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 (*Mamatkulov and Askarov t. Turkije*), ve05000256 (m.b.t. het respecteren van een interim measure), EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, ve09000306 (*Cruz Varas t. Zweden*) (m.b.t. tot het doen van zorgvuldig onderzoek naar de verklaringen van een asielzoeker) en EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07 (*RC t. Zweden*), ve10000372 (m.b.t. het doen van zorgvuldig onderzoek naar medisch bewijs). Zie ook de concurring opinion van Thomassen in EHRM 5 juli 2005 (Said t. Nederland), ve05001301.

32 EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, par. 129 (*Saadi t. Italië*), ve08000377; EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, par. 111 (*NA t. UK*), ve08001267 waarin verwezen wordt naar N. t. Finland (EHRM 26 juli 2005, nr. 38885/02) par. 167, zie ook: Harris O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: 2008, p. 849.

33 EHRM 8 maart 2007, nr. 23944/05, dec. (*Collins and Akasiebie t. Zweden*); EHRM 21 juni 2005, nr. 31260/24, decision (*Matsiukhina and Matsiukhin t. Zweden*).

34 EHRM 17 juli 2008, par. 119 (*NA t. UK*), ve08001267, EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, par. 82 (*Husseini t. Zweden*), ve11002946.

35 Bv. Zweden in EHRM 16 maart 2004, nr. 38865/02 decision (*Nasimi t. Zweden*), ve04000725 en EHRM 9 maart 2010 nr. 41827/07 (*RC t. Zweden*), ve10000372.

36 EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07, par. 52 (*RC t. Zweden*), ve10000372; EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, par. 86 (*Husseini t. Zweden*), ve11002946 en gelijksortige overwegingen in 1991 in *Vilvarajah* (par.114) en *Cruz Varas* (par.81).

37 EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, par. 82 (*Husseini t. Zweden*), ve11002946, zie ook EHRM 17 juli 2008 (*NA t. VK*) par. 119, ve08001267; en de ‘partly dissenting opinion’ van rechter Maruste in EHRM 26 juli 2005, nr. 28885/02 (*N. t. Finland*), ve05001355.

38 EHRM 13 oktober 2013, nr. 10611/09, par. 86 en 87 (*Husseini t. Zweden*), ve11002946, bevestigd in EHRM 20 oktober 2011, nr. 55463/09 (*Samina t. Zweden*); EHRM 22 november 2011, nr. 32010/09, decision (*Sibomana t. Zweden*); EHRM 20 december 2011, nr. 48839/09 (*J.H. t. VK*), ve11003200; EHRM 7 februari 2012, nr. 3727/08 (*AI Husin t. Bosnië Herzegovina*); EHRM 4 januari 2012, nr. 11552/02, decision (*Hikmat Habib t. Zweden*); EHRM 24 januari 2012, nr. 50043/09, decision (*H.N. and others t. Zweden*).

39 EHRM 7 februari 2012, nr. 3727/08 (*AI Husin t. Bosnië*), EHRM 8 november 2011, nr. 7265/10 (*Yakubov t. Rusland*) en de niet-ontvankelijkheidsbeslissing H.N. t. Zweden (EHRM 24 januari 2012, nr. 50043/09).

40 Zie b.v. EHRM 15 juni 2010, nr. 19956/06, JV 2010/267 (*S.H. t. VK*), ve10000869.

digheid van de nationale beslissing.⁴¹ Meestal formuleert het EHRM de beoordeling dan wel als een eigen beoordeling.⁴² De benadering waarbij het EHRM een eigen oordeel geeft over de feiten is goed zichtbaar bij de beoordeling van algemene landeninformatie. In de zaak *NA v. UK* bijvoorbeeld geeft het EHRM, na een uitvoerige behandeling van de verschillende landenrapportages over Sri Lanka, een eigen beoordeling van de desbetreffende informatie en het EHRM noemt die beoordeling “full and ex nunc”.⁴³ De deskundigheid van de nationale autoriteiten betekent niet dat slechts de door die autoriteiten

ginnend met Jabari en later bevestigd in *Abdolkhani Karimnia*, stelt het Hof een schending van artikel 13 EVRM vast omdat de lokale autoriteiten – zowel bestuurlijk als rechterlijk – geen behoorlijke beoordeling geven van de verzoeken om erkenning als vluchteling,⁴⁴ terwijl de klagers door UNHCR erkend waren als vluchteling onder het Vluchtelingenverdrag.⁴⁵

De waarde die het EHRM hecht aan zorgvuldig onderzoek naar de feiten door de nationale autoriteiten, bleek al uit de zaak *Cruz Varas*.⁴⁶ De Zweedse autoriteiten werden toen door het EHRM gecompimenteerd met hun deskundigheid door

Het EHRM raadpleegt naast de landeninformatie van staten altijd andere relevante informatie om een beeld te krijgen van de algemene mensenrechtensituatie.

geproduceerde landeninformatie relevant is voor de beoordeling van de mensenrechtensituatie in een land waarnaartoe uitzetting dreigt. Het EHRM raadpleegt naast de landeninformatie van staten altijd andere relevante informatie om een beeld te krijgen van de algemene mensenrechtensituatie. Het gaat dan om betrouwbare objectieve informatie, bijvoorbeeld afkomstig van andere staten, VN-organisaties of NGO's. Het argument dat staten door hun diplomatieke posten waardevolle informatie kunnen vergaren, geldt volgens het EHRM ook voor NGO's en VN-organisaties en dus voor de waarde die aan hun rapporten kan worden toegekend.⁴⁴

Indien het EHRM van mening is dat deskundigheid ontbreekt bij de nationale autoriteiten om de asielaanvraag – en dus het 3 EVRM-risico – te beoordelen, schroomt het niet om de nationale autoriteiten te bekritisieren. In *Garabayev v. Rusland*⁴⁵ en *Yakubov v. Rusland*⁴⁶ bijvoorbeeld, verzuimden de Russische autoriteiten een behoorlijke risicobeoordeling te geven, terwijl beide klagers voldoende bewijsmateriaal naar voren hadden gebracht dat wees op een 3 EVRM-risico bij uitzetting. In *MSS v. België en Griekenland* volgt de verplichting tot een zorgvuldige procedure uit artikel 13 EVRM⁴⁷, terwijl het in *Garabayev* direct uit artikel 3 EVRM volgt.⁴⁸ In een reeks Turkse zaken, be-

het zorgvuldig uitgevoerde onderzoek naar de feiten dat zij deden in Chili.⁴⁹ Een gelijksoortige benadering is te zien in *R.C. tegen Zweden* waar de Zweedse autoriteiten, ondanks dat zij de asielaanvragers uitgebreid hebben gehoord, een gebrek aan zorgvuldig onderzoek wordt tegengeworpen omdat zij verzuimden een medisch rapport nader te onderzoeken.⁵⁰ Ook al was het EHRM in de vroegere jurisprudentie over het algemeen veel terughoudender in zijn beoordeling dan tegenwoordig,⁵¹ het vereiste van het doen van zorgvuldig onderzoek naar de geloofwaardigheid van een relaas, naar de feiten en naar bewijsstukken, heeft altijd dezelfde rol gespeeld. De plicht tot het doen van nader onderzoek volgt uit de bewijslastverdeling: als de klager een begin van bewijs heeft geleverd (bijvoorbeeld zoals in *RC* door het overleggen van een medisch rapport op grond waarvan foltering kan worden aangenomen), dan is het vervolgens aan de nationale autoriteiten om iedere twijfel naar aanleiding van dat bewijs aannemelijk te maken.

3.2 Geloofwaardigheidsbeoordeling

Zoals gezegd staat voor het EHRM het voordeel van de twijfel voor de asielzoeker centraal bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Alhoewel het EHRM overweegt dat het ‘frequently’ noodzakelijk is een asielzoeker het voordeel van de twijfel te geven, blijkt uit de jurisprudentie

41 Zie b.v. EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89 (*Cruz Varas t. Zweden*), ve09000306; EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09 (*Husseini t. Zweden*), ve11002946 en EHRM 20 december 2001, nr. 48839/09 (*JH t. VK*).

42 In veel niet-ontvankelijkheidsbeslissingen neemt het Hof kennis van het bestuurlijk oordeel, om vervolgens wel een eigen oordeel over de feiten en geloofwaardigheid te geven, b.v. EHRM 1 oktober 2002, nr. 49823/99 decision (*Tekdemir t. Nederland*); EHRM 16 maart 2004, nr. 38865/02 decision (*Nasimi t. Zweden*), ve04000725; EHRM 26 oktober 2004, nr. 16578/03 decision (*B. t. Zweden*); EHRM 8 juli 2008, nr. 13508/07 decision (*AJ t. Zweden*), ve08001772; EHRM 8 december 2009, nr. 15009/09 decision (*Nduwayezu t. Zweden*); EHRM 24 januari 2012, nr. 50043/09 decision (*H.N. t. Zweden*). Uitzondering hierop zijn de twee asielzaken EHRM 26 oktober 2000, nr. 61479/00 decision (*Damla t. Duitsland*) en EHRM 22 september 2005, nr. 28526/05, decision, (*Kaldik t. Duitsland*).

43 EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, par. 129 (*NA t. UK*), ve08001267.

44 EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, par. 121 (*NA t. UK*), ve08001267.

45 EHRM 7 juni 2007, nr. 38411/02, par. 79 en 80 (*Garabayev t. Rusland*).

46 EHRM 8 november 2011, nr. 7265/10, par. 68–73 (*Yakubov t. Rusland*).

47 EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, par. 300–320 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), ve11000149, zie ook EHRM 2 februari 2012, nr. 9152/09, par. 135 (*I.M. t. Frankrijk*), ve12000355.

48 Zie ook EHRM 1 april 2010, nr. 24268/08, par. 56 (*Klein t. Rusland*), ve10000508; EHRM 12 mei 2010, nr. 52466/08, par. 104 (*Khodzhaev t. Rusland*), ve10000722. Ik merk op dat dit alle uitleveringzaken betreffen waarin het uitzetrisico onvoldoende zorgvuldig is beoordeeld. In *Garabayev* wordt overigens behalve de 3 EVRM-schending ook een schending van artikel 13 EVRM vastgesteld, omdat de uitzetting al heeft plaatsgevonden voordat

klager een procedure heeft kunnen opstarten.

49 EHRM 7 juli 2000, nr. 40035/98, par. 40 (*Jabari t. Turkije*), ve02000471; EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, par. 113 (*Abdolkhani and Karimnia t. Turkije*), ve09001388; EHRM 19 januari 2010, nr. 21896/08, par. 47 (*Z.S.N t. Turkije*), ve10000145.

50 EHRM 7 juli 2000, nr. 40035/98 (*Jabari t. Turkije*); EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08 (*Abdolkhani Karimnia t. Turkije*), ve09001388; EHRM 13 april 2010, nr. 32940/00, 41626/08, 43616/08 (*Tehrani e.a. t. Turkije*), ve10000591; EHRM 19 januari 2010, nr. 21896/08 (*Z.S.N. t. Turkije*), ve10000145 en EHRM 13 april 2010, nr. 46605/07 (*Charahili t. Turkije*). In deze zaken waren klagers door UNHCR erkend als vluchteling. In de zaak *Ayatollah en Hosseinzadeh t. Turkey* (EHRM 23 maart 2010, nr. 32971/08) vond UNHCR het asielrelaas ongeloofwaardig en de aanvraag ongegrond, welk oordeel werd overgenomen door het Hof. In EHRM 22 juni 2006, nr. 24245/03 (*D. e.a. t. Turkije*), ve06001100, volgt het EHRM het oordeel van UNHCR over de geloofwaardigheid, maar vindt het EHRM, in tegenstelling tot UNHCR, de te vreezen (wellicht symbolische) straf onmenselijk.

51 EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89 (*Cruz Varas t. Zweden*), ve09000306.

52 EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, par. 81 (*Cruz Varas t. Zweden*), ve09000306.

53 EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07 (*R.C. t. Zweden*), ve10000372.

54 Zie bijvoorbeeld de terughoudende beoordeling in *Vilvarajah* in 1991 en de actieve benadering van het EHRM in *N. t. Finland* in 2007.

dat het EHRM in asielzaken vaker een relaas ongeloofwaardig acht dan dat het voordeel van de twijfel wordt toegekend.⁵⁵ Van belang voor de benadering van het EHRM is dat elementen van verklaringen die wellicht ongeloofwaardig zijn, irrelevant zijn indien de kern van het vluchtverhaal geloofwaardig wordt bevonden.⁵⁶ Deze benadering is een aantal keer de oorzaak van een gegronde klacht ondanks dat de nationale autoriteiten de zaak afwezen op grond van een ongeloofwaardig asielrelaas.⁵⁷ Zo was zowel in de zaak *Said v. Nederland* als *RC v. Zweden* de gestelde ontsnapping van de klager uit de gevangenis ongeloofwaardig bevonden door de nationale autoriteiten. In beide zaken was dat voor de nationale autoriteiten doorslaggevend om het gehele relaas ongeloofwaardig te achten, en daarom het asielverzoek af te wijzen. In *Said* was onbetwist dat *Said* deserteur was van het Eritrese leger. Het risico voor Eritrese deserteurs was aannemelijk op grond van algemene landeninformatie waardoor volgens het EHRM 'substantial grounds were shown'. In *RC* was het feit dat *RC* gemarteld was en opnieuw gemarteld zou kunnen worden de reden waarom de niet geloofwaardige ontsnapping irrelevant werd voor het EHRM. In *N. v. Zweden* achtte het EHRM het irrelevant dat *N.* tegenstrijdig had verklaard over het contact met haar familie, nu vaststond – ook voor de Zweedse autoriteiten – dat zij in Afghanistan een alleenstaande vrouw zou zijn, met de bijbehorende risico's.⁵⁸ Uit de enorme hoeveelheid niet-ontvankelijkheidsbeslissingen blijkt dat het EHRM waarde hecht aan een duidelijk en helder asielrelaas. Zo helpt het niet als het asielmotief wijzigt in een opvolgende aanvraag.⁵⁹ Vage verklaringen doen afbreuk aan de geloofwaardigheid van het relaas,⁶⁰ net als tegenstrijdigheden over data en feiten.⁶¹ Het ontbreken van documenten terwijl die wel aanwezig hadden kunnen zijn, tast eveneens de geloofwaardigheid van het relaas aan.⁶² Het EHRM accepteert het niet indien blijkt dat de asielzoeker bewust onjuiste informatie verstrekt.⁶³ Legale uitreis draagt niet bij aan de conclusie van geloofwaardigheid van het relaas: zowel in de zaak *Thampibillai v. Nederland* als *Nasimi v. Zweden* speelde dit element een rol

in de conclusie dat het relaas ongeloofwaardig was.⁶⁴ Al dit soort overwegingen wijken op het eerste gezicht niet af van de Nederlandse beleidsregels over de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas.⁶⁵ Toch is er een wezenlijk verschil, en dat is de Nederlandse eis van de positieve overtuigingskracht indien het ontbreken van documenten wordt tegengeworpen: volgens het Nederlandse beoordelingskader moeten de verklaringen van de asielzoeker dan aannemelijk, consistent, samenhangend en gedetailleerd zijn en ook geloofwaardig op het niveau van de relevante bijzonderheden.⁶⁶ In alle genoemde niet-ontvankelijkheidsbeslissingen blijkt dat het EHRM het voordeel van de twijfel als uitgangspunt neemt, maar dat het aan de asielzoeker is om onduidelijkheden in het relaas uit te leggen en om documenten te verkrijgen die het relaas ondersteunen. Documenten over de reisroute zijn voor het EHRM niet per definitie van belang in de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas.⁶⁷ Zodra een element uit het relaas een risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM zou kunnen opleveren, doen ongeloofwaardig geachte andere elementen niet meer ter zake. Het EHRM heeft geen standaard benadering voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas: het 3 EVRM-risico kan altijd aannemelijk gemaakt worden, als de klager maar een begin van bewijs levert om de kern van het relaas te onderbouwen. Het is met name op dat punt dat de Nederlandse (bestuurlijke) benadering van de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas afwijkt. Een relaas dat immers positief overtuigend moet zijn, moet dat ook zijn op het niveau van de relevante bijzonderheden. Daarbij is tevens van belang dat in de Nederlandse situatie de rechter het bestuurlijk oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas terughoudend toetst.

4 Contrast?

De terughoudende rechterlijke toets van het oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas in Nederland kenmerkt zich door een redelijkheidstoets, en een toetsing van het besluit aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Op het eerste gezicht strookt een dergelijke rechterlijke benadering met die van het EHRM waarbij de besluitvorming op nationaal niveau – zowel bestuurlijk als rechterlijk – wordt beoordeeld op zorgvuldigheid, of die besluitvorming voldoende ondersteund wordt door bewijsmateriaal en of de uitkomst niet arbitrair is. Toch is er een wezenlijk verschil dat invloed heeft op de individuele rechtsbescherming van de asielzoeker. De mensenrechtelijke benadering van het EHRM laat zien dat de mensenrechtelijke norm centraal staat doordat het EHRM indien nodig een eigen oordeel over de geloofwaardigheid velt. Ieder procedureel of constitutioneel obstakel verdwijnt naar de ach-

55 Zie de vele – gepubliceerde- niet-ontvankelijkheidsbeslissingen die worden afgedaan op ongeloofwaardigheid van een asielrelaas.

56 Zoals het EHRM onlangs oordeelde in EHRM 15 mei 2012, nr. 52077/10, par. 66 (*S.F. e.a. t. Zweden*), ve12001203: "The Court finds, in agreement with the Swedish Migration Court, that the applicant's basic story was consistent throughout the proceedings and that, notwithstanding some uncertain aspects, such uncertainties do not undermine the overall credibility of their story."

57 EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99 (*Hilal t. UK*), ve07000655; EHRM 5 juli 2005, nr. 2345/02 (*Said t. Nederland*), ve05001301; EHRM 26 juli 2005, nr. 28885/02 (*N. t. Finland*), ve05001355; EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07 (*R.C. t. Zweden*), ve10000372; EHRM 15 juni 2010, nr. 19956/06 (*S.H. t. UK*), EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09 (*N. t. Zweden*) en EHRM 2 september 2010, nr. 32476/06 (*Y en LP t. Frankrijk*), ve10001427. Het EHRM laat niet na in deze zaken erop te wijzen dat het oordeel van het EHRM niet volledig afwijkt van het oordeel van de nationale autoriteiten: *N. t. Finland* par. 157 en *R.C. t. Zweden* par. 52.

58 EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, (*N. t. Zweden*), ve10001072.

59 EHRM 1 oktober 2002, nr. 49823/99, decision (*Tekdemir t. Nederland*); EHRM 16 maart 2004, nr. 38865/02, decision (*Nasimi t. Zweden*), ve04000725; EHRM 26 oktober 2004, nr. 16578/03, decision (*B. t. Zweden*) en EHRM 8 juli 2008, nr. 13508/07, decision (*A.J. t. Zweden*), ve08001772.

60 EHRM 10 februari 2009, nr. 47683/08, decision (*S.M. t. Zweden*).

61 EHRM 17 januari 2006, nr. 32213/04, dec. (*Bello t. Zweden*): "the Court acknowledges that complete accuracy as to dates and events cannot be expected in all circumstances from a person seeking asylum. In the present case, however, it is struck by the number of major inconsistencies in the applicant's story".

62 EHRM 22 oktober 2002, nr. 60959/00, decision (*Ammari t. Zweden*), volgens het Hof had de klager arrestatiebevelen kunnen overleggen.

63 EHRM 8 december 2009, nr. 15009/09, dec. (*Nduwayezu t. Zweden*).

64 EHRM 17 februari 2004, nr. 61350/00 (*Thampibillai t. Nederland*), ve04000298 en EHRM 16 maart 2004, nr. 38865/02, decision (*Nasimi t. Zweden*), ve04000725.

65 Vc 2000 C 14/2 (*WBV 2010/10*, ve10000957) en werkinstructie 2010/14, ve10002393.

66 Werkinstructie 2010/14, ve10002393, zie ook bv. ABRvS 27 april 2012, nr. 201109421/1/V2; ve12001121, LJN BW4916.

67 EHRM 26 juli 2005, nr. 28885/02 (*N. t. Finland*), ve05001355: de reisroute is ongeloofwaardig bevonden maar onderdelen van het asielrelaas zijn geloofwaardig.

tergrond zodra blijkt dat de materiële norm dreigt te worden geschonden. Het EHRM neemt daarbij het nationale oordeel over de geloofwaardigheid als uitgangspunt maar schroomt niet om daarvan af te wijken indien een risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM dreigt. Het voordeel van de twijfel voor de asielzoeker wordt daarbij zo toegepast dat indien een geloofwaardig bevonden onderdeel van het relaas een risico oplevert, de geloofwaardigheid van andere onderdelen van het relaas niet ter zake doet.

In de bestuursrechtelijke benadering van de Nederlandse rechter staat het bestuurlijke besluit centraal bij de toetsing. Het argument dat alleen de bestuurlijke autoriteiten deskundig zijn, geeft de rechter weinig ruimte om een zaak op inhoud te beoordelen. De terughoudende rechterlijke toets van het bestuurlijk oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas is één van de elementen die de inhoudelijke toetsing beperkt. Bij een dreigende schending van een materiële norm is de Nederlandse rechter gebonden aan het oordeel van de autoriteiten over de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Over de band van de zorgvuldigheid en motivering kan de rechter de totstandkoming van het oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas vergaand toetsen,⁶⁸ maar kan de rechter nooit het mogelijke risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM centraal stellen in zijn toets.

Het EHRM heeft zich niet uitgelaten over de houdbaarheid van de Nederlandse terughoudende rechterlijke toetsing.

Het EHRM heeft zich niet uitgelaten over de houdbaarheid van de Nederlandse terughoudende rechterlijke toetsing.⁶⁹ De Afdeling stelt dat het verschil in object van toetsing – de bestuurlijke beslissing voor de Nederlandse rechter en het risico op het moment van uitzetting voor het EHRM – met zich brengt dat de rechterlijke toetsing niet identiek hoeft te zijn. Volgens de Afdeling waarborgt de huidige rechterlijke toetsing – waarbij de beslissing getoetst wordt aan het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel – de bescherming van artikel 3 EVRM voldoende.⁷⁰ Spijkerboer daarentegen betoogt dat de subsidiaire rol van het EHRM ten opzichte van de verdragsstaten vereist dat de nationale rechterlijke toetsing met minimaal dezelfde intensiteit moet geschieden als de EHRM toetsing.⁷¹ Hij leidt dit af uit artikel 13 EVRM en artikel 35 EVRM. Voor beide redeneringen is het relevant of het genoemde contrast

tussen EHRM en Afdeling houdbaar is onder de internationale normen over fair trial en het recht op een effectief rechtsmiddel. In de hierna volgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag in hoeverre internationale normen – 6 en 13 EVRM, 47 Handvest EU, 39 Procedurerichtlijn – de nationale toetsingsintensiteit beïnvloeden.

5 Internationale normen en nationale toetsingsintensiteit

De redenering van de Afdeling dat de huidige toetsingsbenadering voldoet aan de normen van artikel 3 en 13 EVRM wegens het verschil in object van toetsing, is wellicht niet langer houdbaar onder het toepasselijke EU-recht. De Nederlandse rechter is immers Europese rechter en moet het EU-recht toepassen.⁷² In de toepassing van de EU-kwalificatie en procedurerichtlijn dient de nationale rechter de EU-rechtelijke interpretatie van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel te respecteren. Zoals beschreven in paragraaf 1 heeft het Hof van Justitie in *Samba Diouf* bepaald dat de nationale rechter een afwijzing van een asielverzoek grondig moet kunnen toetsen,⁷³ zowel wat betreft de feiten als de rechtsvragen.⁷⁴ De overwegingen latten in het midden wat die grondigheid van de toetsing precies

behelst. De vraag of die grondigheid ook de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas betreft, is daardoor nog onbeantwoord. Widdershoven betoogt in zijn noot bij deze uitspraak dat het Hof van Justitie het vereiste van 'full (sufficient) jurisdiction' uit de artikel 6 EVRM-jurisprudentie van het EHRM toepast op de interpretatie van artikel 47 Handvest.⁷⁵ Reneman maakt een verwijzing naar het vereiste van 'close and rigorous scrutiny' uit de EHRM-jurisprudentie over artikel 3 en artikel 13 EVRM.⁷⁶ Beide leerstukken zijn relevant voor de vraag hoe het Hof van Justitie artikel 47 Handvest zal interpreteren ten aanzien van de grondigheid van de rechterlijke toetsing in asielzaken.⁷⁷ Daarnaast is de jurisprudentie van het Hof van Justitie op andere terreinen dan het migratierecht van belang waarin het zich al heeft uitgelaten over de eisen aan de

68 Zie bv. ABRvS 13 oktober 2011, JV 2012/78, ve11002561 en ABRvS 28 februari 2012, JV 2012/177, ve12000584, LJN BV7834, waarin de rechter zonder terughoudendheid moet toetsen of tegengeworpen tegenstrijdigheden zien op een essentieel onderdeel van het asielrelaas.

69 De kwestie kwam aan de orde in *Mir Isfahani* (31 Januari 2008, JV 2008/105 m.nt. Spijkerboer, ve08000298), maar door de verkregen vergunning op grond van de pardonregeling heeft het EHRM de zaak niet inhoudelijk afgedaan.

70 ABRvS 15 juni 2006, JV 2006/290, ve06000826; Zie nader W.J. van Bennekom, J.H. van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, par. 12.4.

71 Zie T. Spijkerboer, "Subsidiarity and 'arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases" in: *International Journal of Refugee Law*, 2009, p.48-74, en 'Subsidiariteit 2.0' in: J. Gerards en A. Terlouw (red.), *Amici Curiae: adviezen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, p. 251-260.

72 M. Eliantonio, A. Wiesbrock, 'EU migration law in national courts: the role of national procedural rules and the ECJ's requirement in the Dutch courts' in: A&MR 2011 nr. 3, p.104-111, ve11001255.

73 HvJ EU zaak C-69/10, 28 juli 2011, n.n.g. (*Samba Diouf*), AB2011/304 m.nt. Widdershoven; M. Reneman, 'Uitspraak van de Maand' in: A&MR 2011, p. 296-297; JV 2011/373, paragraaf 56, ve11001765.

74 HvJ EU zaak C-69/10, 28 juli 2011, n.n.g. (*Samba Diouf*), AB2011/304 m.nt. Widdershoven; M. Reneman, 'Uitspraak van de Maand' in: A&MR 2011, p. 296-297; JV 2011/373, paragraaf 57, ve11001765.

75 AB 2011/304.

76 M. Reneman, 'Uitspraak van de Maand' in: A&MR 2011, p. 296-297, ve11002393.

77 Andersom zijn rechters van het EHRM zich bewust van het *Samba Diouf* arrest, zie EHRM 2 februari 2012, nr. 915209, ve12000355, par.86-88 (*I.M. t. Frankrijk*) en getuige de concurring opinion van EHRM rechter Pinto de Albuquerque bij het arrest *Hirsi Jamaa* (EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012/91 m.nt. Terlouw, JV 2012/171 m.nt. Zieck, ve12000502) waarin hij expliciet verwijst naar *Samba Diouf*, als hij stelt dat een volle rechterlijke toetsing onderdeel moet zijn van de asielprocedure, wil deze effectief zijn.

nationale rechterlijke toets in zaken waarin het bestuur beoordelingsruimte geniet.

5.1 Artikel 6 EVRM

De actieve rol die het EHRM vervult in de beoordeling van artikel 3 EVRM-zaken wijkt af van de afstandelijke rol die het vervult in 6 EVRM-zaken. Het EHRM heeft in deze jurisprudentie herhaaldelijk gesteld dat het niet de taak is van het EHRM om als vierde instantie op te treden ten opzichte van nationale gerechten.⁷⁸ Het EHRM oordeelt alleen over 'errors of fact and law' van nationale gerechten als deze fouten een inbreuk tot gevolg hebben op rechten en vrijheden die beschermd worden door

alleen gepast in zaken waarin sprake is van beleidsvrijheid. De aard van het recht en de aard van het individuele belang kunnen dan een terughoudende toetsing door de nationale rechter vergen.⁸⁶ De uitoefening van een bestuurlijke bevoegdheid met beoordelingsvrijheid echter, moet op basis van artikel 6 EVRM wel worden onderworpen aan een volledige rechterlijke controle, daar het EHRM meent dat beoordelingsruimte een objectieve bepaalbaarheid met zich brengt.⁸⁷

De redenering van de Afdeling dat het bestuur beoordelingsruimte heeft bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielaanvraag, zal daarom in het licht van artikel 6 EVRM niet per definitie een terughoudende rechterlijke toets tot

De terughoudende opstelling van het EHRM bij artikel 6 wordt gecompenseerd door het vereiste van een actieve opstelling van de nationale rechters.

het EVRM.⁷⁹ Onder artikel 3 EVRM, daarentegen, beoordeelt het EHRM zelf de feiten van de klacht en is het niet gebonden aan de feitenvaststelling op nationaal niveau.⁸⁰ De verklaring die het EHRM hier zelf voor geeft is dat artikel 3 EVRM een absolute norm is. In de toepassing van artikel 6 EVRM oordeelt het EHRM dat de feitenvaststelling en bewijsgraving behoort tot het domein van de nationale rechters, hetgeen slechts bij hoge uitzondering getoetst wordt door het EHRM, namelijk alleen als er een indicatie is dat de rechter onrechtvaardige en willekeurige conclusies heeft getrokken uit de vastgestelde feiten.⁸¹ Daar staat tegenover dat nationale rechters op grond van artikel 6 EVRM moeten voldoen aan het vereiste van 'full jurisdiction'.⁸² De terughoudende opstelling van het EHRM is daarmee gecompenseerd door het vereiste van een actieve opstelling van de nationale rechters.

Het beginsel van 'full jurisdiction' onder artikel 6 EVRM houdt in dat nationale rechters zowel rechtsvragen moeten beantwoorden als vragen ten aanzien van de feitenvaststelling en feitenkwalificatie.⁸³ Een nationale rechter moet volgens het EHRM de mogelijkheid hebben om fouten in de feitenvaststelling te herstellen, om bewijs te beoordelen en om zelf de feiten te selecteren die hij noodzakelijk acht voor de beoordeling van het geschil.⁸⁴ Het EHRM overweegt herhaaldelijk dat in het bestuursrecht met name ten aanzien van de feitenkwalificatie de bestuurlijke beslissingsruimte een terughoudender toetsing door de nationale rechter kan vragen.⁸⁵ De rechterlijke toetsing geeft dan uiting aan het evenwicht dat moet worden gevonden tussen de individuele rechtsbescherming en de vrijheid die het bestuur moet hebben om haar taken naar behoren te kunnen uitoefenen. Volgens het EHRM is een terughoudende toetsing

gevolg hebben.⁸⁸ Nu zal het EHRM zich niet over deze vraag uitlaten omdat het artikel 6 EVRM heeft uitgesloten voor het migratierecht,⁸⁹ maar voor het Hof van Justitie zal de jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 EVRM en het vereiste van 'full jurisdiction' wel dienen ter inspiratie bij de verdere interpretatie van artikel 47 Handvest en artikel 39 van de Procedureregels.⁹⁰ Een aanwijzing hiervoor is te vinden in de preambule van het Handvest dat het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM richtinggevend noemt voor de interpretatie van het Handvest.⁹¹ Het EU-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals is neergelegd in artikel 47 Handvest, omvat daarmee eveneens de waarborgen van artikel 6 en 13 EVRM.⁹² Het Hof van Justitie heeft op andere terreinen reeds laten zien dat de artikel 6 EVRM jurisprudentie over het vereiste van 'full jurisdiction' van invloed is op de interpretatie van artikel 47 Handvest en het vereiste van een 'full and unrestricted review, in law and in fact'.⁹³

5.2 Artikel 13 EVRM

Artikel 13 EVRM garandeert een effectief rechtsmiddel tegenover een nationale autoriteit voor een ieder die stelt dat zijn of haar recht onder het EVRM is geschonden. In de Jabari zaak overweegt het EHRM dat zo'n effectief rechtsmiddel in artikel 3 uitzettingszaken een 'rigorous scrutiny' vereist van de beslis-

78 B.v. EHRM 23 februari 2010, nr. 31792/06 (*Evcimen t. Turkije*).

79 EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96, par. 28, (*Garcia Ruiz t. Spanje*).

80 EHRM 4 december 1995, nr. 42/1994/489/571, par. 32 (*Ribitsch t. Oostenrijk*).

81 EHRM 15 juni 2004, nr. 40847/98, par. 38 (*Tamminen t. Finland*).

82 EHRM 16 juni 1971, Series A no. 12, p.41, para.78 (*De Wilde, Ooms and Versyp t. België*).

83 Over dit onderscheid zie A. Klap, "Rechter en bestuur: communicerende vaten" in: NTB 2007, p.183-194, voor de relevantie van dit onderscheid voor het asielrecht zie mijn noot bij ABRvS 23 mei 2008, AB 2009/11.

84 EHRM 10 februari 1983, Series A no. 58 (*Le Compte, Van Leuven and the Meyere t. België*).

85 Zie b.v. EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, EHRC 2012/6 m.nt. Jansen (*Sigma Radio Television*).

86 EHRM 21 september 1993, Series A no. 268-A (*Zumtobel t. Oostenrijk*).

87 Zie hierover uitgebreid: A. Kuipers, "Het recht op 'full jurisdiction' " in: R.L. Vucsan (red.) *'Awb mens, boeman of underdog'*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, p. 97-112, zie ook de separate opinion van rechter Martens bij EHRM 26 april 1995, Series A. no. 312 (*Fischer t. Oostenrijk*). Over het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid zie W. Duk, "Beoordelingsvrijheid en Beleidsvrijheid" in: RM Themis, 1988 nr. 4, p.156-169.

88 Zie b.v. EHRM 14 november 2006, nr. 60860/00 (*Tsfayo t. UK*). In deze zaak betrof het een beoordeling van de geloofwaardigheid van een klager in een huisvestingszaak.

89 EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98 (*Maaouia t. Frankrijk*), ve03000755. Zie echter EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (*Othman t. UK*), ve12000195.

90 HvJ EU 28 juli 2011, zaak C-69/10, n.n.g. AB2011/304 m.nt. Widdershoven; M. Reneman, *Uitspraak van de Maand*, in: A&MR 2011, p. 296-297; JV 2011/373 (*Samba Diouf*), ve11002393.

91 Handvest EU, C-364/8, PB 18 december 2000.

92 HvJ 15 mei 1986, zaak 222/84, Jur. 1986, p. 1651 (*Johnston*), zie ook: P.Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p.386 en 387.

93 HvJ EU 8 december 2011, C-386/10, n.n.g., r.o. 67 en 82, EHRC 2012/4 (*Chalkor tegen de Europese Commissie*).

sing van de nationale autoriteiten.⁹⁴ Die beoordeling moet onafhankelijk zijn, maar hoeft niet per definitie te geschieden door een rechterlijke autoriteit. Het EHRM verwijst daarbij naar het geheel van procedures waarin de nationale wet voorziet.⁹⁵

Over de exacte vereisten die aan de nationale rechterlijke toetsing in asielzaken kunnen worden gesteld, lijkt het EHRM zich niet uit te laten. Wel stelt het heel duidelijk dat sprake moet zijn van een “close scrutiny by a national authority [...], independent and rigorous scrutiny of any claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3”.⁹⁶ Het EHRM laat het over aan de omstandigheden van het geval om te beoordelen of de rechterlijke toetsing in casu effectief is geweest in de zin van artikel 13 EVRM.⁹⁷ In de Nederlandse procedure *Mir Isfahani* kwam de kwestie van de Nederlandse marginale rechterlijke toetsing van het asielreelaas expliciet aan de orde, maar heeft het EHRM geen inhoudelijk oordeel gegeven.⁹⁸ In Britse zaken speelde de vraag naar de intensiteit van de rechterlijke toetsing eveneens, waarbij het EHRM zich wel heeft uitgelaten over de nationale toetsingsmaatstaf.⁹⁹ Alhoewel de Britse rechters de asielbeslissingen toetsten op redelijkheid, meende het EHRM dat hierbij in werkelijkheid een zeer intensieve rechterlijke toetsing plaatsvond, waardoor geen sprake was van een schending van artikel 13 EVRM.¹⁰⁰ De ABRvS heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechterlijke toetsing voldoet aan de vereisten uit artikel 13 EVRM omdat een beslissing wordt getoetst op zorgvuldigheid en motivering.¹⁰¹ In dit verband is het van belang dat het EHRM in

Nederlandse rechterlijke toetsing die enerzijds een toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel garandeert en anderzijds zeer beperkt nader bewijs toelaat in de procedure,¹⁰² is wat mij betreft nog onduidelijk.

5.3 Subsidiaire rol van het EHRM

De redenering van de Afdeling dat de positie van de rechter noopt tot een terughoudende rechterlijke toetsing van het geloofwaardigheidsoordeel, doet denken aan de wijze waarop het EHRM uitdrukking geeft aan haar subsidiaire rol ten opzichte van de verdragsstaten. Ik zal dat hierna het subsidiariteitsbeginsel noemen. De positie van het EHRM ten opzichte van de verdragsstaten wordt gekenmerkt door een wankel evenwicht tussen de soevereiniteit van de staten enerzijds en het waarborgen van mensenrechtelijke normen anderzijds. In uitspraken waarin de regulering van migratie aan de orde komt, vermeldt het EHRM standaard dat dit onderwerp valt binnen de soevereiniteit van de verdragsstaten: “that Contracting States have the right as a matter of international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens”.¹⁰⁴ In asielzaken lijkt het alsof dit soevereiniteitsargument geen invloed heeft op de ‘rigorous scrutiny’, aangezien het EHRM eveneens standaard overweegt dat artikel 3 EVRM een absoluut recht is, waardoor het EHRM altijd een eigen beoordeling kan geven.¹⁰⁵ De vrijheid die staten hebben bij de inrichting van hun migratiebeleid, houdt verband met het in het verdrag verankerde subsi-

De vrijheid die staten hebben bij de inrichting van hun migratiebeleid, houdt verband met het in het verdrag verankerde subsidiariteitsbeginsel.

M.S.S. overwoog dat de Belgische rechterlijke toets niet ‘thorough’ genoeg was, omdat de rechter slechts onderzocht of voldoende bewijs was geleverd om een 3 EVRM-risico aanneemelijk te maken, waarbij de bewijslast voor de asielzoeker onnodig verzwaard werd. Bewijsstukken die de asielzoeker overlegde na de gehoren met de overheid, werden door de rechter buiten de procedure gehouden, waardoor volgens het EHRM sprake was van een schending van artikel 13 EVRM.¹⁰² Hoe dit aspect van de ‘close and rigorous scrutiny’ zich verhoudt tot de

diariteitsbeginsel. Op grond van artikel 1, 13 en 35 EVRM is het de primaire verantwoordelijkheid van de verdragsluitende staten om de mensenrechten uit het verdrag te beschermen. Het EHRM heeft hierbij een controlerende taak, zoals we dat ook kennen bij de hierboven beschreven ‘vierde instantie doctrine’ – in artikel 6 EVRM zaken – en de margin of appreciation doctrine – in relatie tot zaken over artikel 8 t/m 11 EVRM.¹⁰⁶ Uit het subsidiariteitsbeginsel volgt dat klagers eerst de nationale rechtsmiddelen moeten uitputten voordat een klacht in Straatsburg wordt ingediend,¹⁰⁷ zodat staten de mogelijkheid hebben rechtsvragen in hun eigen rechtssysteem te beantwoorden.¹⁰⁸ Met het recht op een effectief rechtsmiddel uit artikel 13 EVRM wordt uiting gegeven aan de subsidiaire rol van

94 EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98 (*Jabari t. Turkije*), ve02000471.

95 EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, par. 48 en 50: “the aggregate of remedies” (*Jabari t. Turkije*), ve02000471.

96 EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, paragraaf 293 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), ve11000149; zie ook EHRM 23 februari 2012, paragraaf 198, EHRC2012/91 m.nt. Terlouw, JV 2012/171 m.nt. Zieck (Hirsi Jamaa t. Italië), ve12000502 en EHRM 2 februari 2012, nr. 9152/09, par. 135 (*I.M. t. Frankrijk*), ve12000355.

97 EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, par. 158 (*A. t. Nederland*) en EHRM 23 januari 2002, nr. 48321/99, decision, par. 99 (*Slivenko t. Litouwen*), ve03001588.

98 EHRM 31 januari 2008, nr. 31252/03, decision (*Mir Isfahani t. the Nederland*), ve08000298.

99 EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 en 13448/87 (*Vilvarajah t. UK*), ve09000244, EHRM 2 mei 1997, nr. 146/1996/767/964 (*D. t. UK*) en EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98 (*Bensaid t. UK*), ve02000767.

100 S. Essakili, *Marginal Judicial Review in Dutch Asylum Procedure* (doctoraalscriptie), Amsterdam, VU, 2005, hoofdstuk 4.

101 ABRvS 15 juni 2006, nr. 200602132/1 en 200602135/1, JV 2006/290 m.nt. Spijkerboer, ve06000826, AB 2006/295 m.nt. Battjes en ABRvS 11 december 2003, JV 2004/52 m.nt. Vermeulen, ve04000167.

102 EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, paragraaf 389 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), ve11000149.

103 B.v. in de toepassing van het nieuwe artikel 83 Vw2000, zie daarvoor de bijdrage van Hannah Helmink in deze A&MR.

104 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, para. 51 (*N. t. Zweden*), ve10001072.

105 EHRM 20 januari 2009, nr. 32621/06 para. 89 (*F.H. t. Zweden*), ve09000097. Dat het Hof soevereiniteitsargumenten wellicht wel een rol laat spelen is beschreven door J. Christoffersen, *Fair Balance: proportionality, subsidiarity and primacy in the European Convention of Human Rights*, Leiden: Nijhof, 2009, en H. Battjes, “In search of a fair balance: the absolute character of the prohibition of refoulement under article 3 ECHR reassessed.” In: Leiden Journal of International Law, 2009 nr. 22, p. 583-621.

106 Harris, O’Boyle & Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p.13. Zie ook: EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96, par. 152 (*Kudla t. Polen*).

107 Zoals neergelegd in artikel 35 EVRM.

108 EHRM 19 februari 1998, nr. 25894/94, par. 45 (*Bahaddar t. Nederland*), ve02000470.

het EHRM,¹⁰⁹ waarbij de effectiviteit in ieder geval inhoudt dat de handelingen van de nationale autoriteiten intensief worden getoetst (close scrutiny),¹¹⁰ en dat klachten onafhankelijk en grondig worden beoordeeld.¹¹¹ In artikel 3 EVRM-zaken geeft het EHRM zelf een intensieve eigen beoordeling op grond van het feit dat artikel 3 EVRM een absolute norm is: "The Court notes at the outset that it is sensitive to the subsidiary nature of its role and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact, where this is not ren-

niet berust op onjuiste gegevens.¹¹⁶ De Nederlandse benadering waarbij de marginale toetsing van de feitenvaststelling zich kenmerkt door de rechterlijke toets aan artikel 3:2 Awb (zorgvuldigheid) en 3:46 Awb (motivering), zonder dat de toets aan die beginselen intensiveert indien sprake is van een bestuurlijke vrijheid, wijkt daarvan af. Het is niet gezegd dat de nationale rechterlijke toetsing dezelfde inhoud moet hebben als de toets die het Hof van Justitie zelf aanlegt, zolang de rechterlijke toets maar voldoet aan de beginselen van gelijkwaar-

Vooraf de asielzaken waarin de Minister de positieve overtuigingskracht tegenwerpt, wijken sterk af van het beschermingsniveau van het EHRM.

dered unavoidable by the circumstances of a particular case [...]. Nonetheless, where allegations are made under Article 3 of the Convention the Court must apply a particularly thorough scrutiny even if certain domestic proceedings and investigations have already taken place [...]"¹¹² Op grond van het subsidiariteitsbeginsel is het goed te verdedigen dat de nationale rechterlijke toetsing tenminste dezelfde inhoud moet hebben als deze Straatsburgse toetsing.¹¹³

5.4 EU-normen over de rechterlijke toetsing

Bij de interpretatie van de grondige toetsing van zowel de feiten als de rechtsvragen, zoals volgt uit het arrest Samba Diouf, is behalve de jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 EVRM en 13 EVRM, ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie zelf van belang. Op terreinen buiten het migratierecht heeft het Hof van Justitie zich al uitgelaten over de vraag of bestuurlijke beoordelingsruimte noopt tot een terughoudende rechterlijke toetsing, in het licht van de beginselen van effectiviteit¹¹⁴ en effectieve rechtsbescherming. Schuurmans onderzocht deze jurisprudentie en komt tot de conclusie dat bij de rechterlijke toets van de feitenvaststelling in het Unierecht de beginselen van zorgvuldigheid en motivering zwaarder wegen wanneer sprake is van bestuurlijke vrijheid of een complexe bestuurlijke beoordeling.¹¹⁵ Behalve de zorgvuldigheid en motivering toetst het Hof van Justitie in die gevallen of het bestuur geen bevoegdheid misbruikt heeft, de grenzen van de beoordelingsruimte niet zijn overschreden en of het besluit

digheid en effectiviteit.¹¹⁷ Toch is het de vraag of het Hof van Justitie, mede door zijn eigen andere benadering en nu het in Samba Diouf de grondige toetsing expliciet noemt, de huidige Nederlandse -terughoudende- toetsing van het oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas voldoende grondig zal vinden.¹¹⁸ Hopelijk wordt nog eens een prejudiciële vraag gesteld over de betekenis van artikel 47 Handvest en artikel 39 Procedurerichtlijn voor de nationale rechterlijke toets van asielbeslissingen, zodat het Hof van Justitie de grondigheid van de rechterlijke toetsing van zowel de feiten als de rechtsvragen nader kan specificeren.

6 Conclusie

In Nederland toetst de rechter het bestuurlijk besluit over de geloofwaardigheid van een asielrelaas nog altijd marginaal. Hoewel de Afdeling haar jurisprudentie de laatste jaren heeft verfijnd, contrasteert de Nederlandse terughoudende toetsing met de 'rigorous scrutiny' die het EHRM hanteert in 3 EVRM-zaken. Het EHRM hecht waarde aan het nationale oordeel over de geloofwaardigheid, maar kan altijd een eigen oordeel over de feiten geven. Hierdoor is het mogelijk dat het EHRM komt tot een 3 EVRM-schending op basis van onderdelen van het relaas, waar die onderdelen op nationaal niveau buiten de rechterlijke toets blijven. Het is de vraag of de benadering van het EHRM daadwerkelijk leidt tot langere gerechtelijke procedures (en daarmee hogere kosten), of het risico met zich brengt dat de rechter op de stoel van het bestuur plaats neemt. Deze bezwaren van de Nederlandse wetgever tegen een volle rechterlijke toetsing zijn niet onderbouwd met een verwijzing naar de Straatsburgse aanpak, of bijvoorbeeld de aanpak in het Verenigd Koninkrijk waar de rechterlijke toetsing veel intensiever blijkt dan de daar gehanteerde "reasonableness test" doet vermoeden. Vooral de asielzaken waarin de Minister de positieve overtuigingskracht tegenwerpt, wijken sterk af van het beschermingsniveau dat het EHRM zelf biedt onder artikel

109 EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, par. 53 (*Gebremedhin t. Frankrijk*), ve07000801, zie ook Harris, O'Boyle & Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 557

110 EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02 (*Shamayev t. Georgië en Rusland*).

111 EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98 (*Jabari t. Turkije*), ve02000471. In MSS t. België en Griekenland schaarde het EHRM de procedure in eerste instantie ook onder het bereik van artikel 13 EVRM, zie H. Battjes, 'Straatsburgs toezicht op Unie-asielrecht – M.S.S. t. België en Griekenland' in: A&MR 2011 nr. 2, p.70, ve11000805.

112 EHRM 23 september 2010, nr. 17185/05, par. 106 (*Iskandarov t. Rusland*), ve10001727.

113 T. Spijkerboer, 'Subsidiarity and 'arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases' in: *International Journal of Refugee Law*, 2009, p.48-74.

114 Het beginsel dat nationale procedurele regels de uitoefening van EU-rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.

115 Y. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.) *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*. Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, p. 115-142.

116 HwJ EG 21 januari 1999, nr. C-120/97, Jur. 1999, p. I-00223 (Upjohn).

117 Dit volgt uit HvJ 7 juli 1981, zaak 158/80, Jurisprudentie 1981, bladzijde 01805 (Rewe). Zie nader J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2011.

118 L. Parret, 'Effectieve rechtsbescherming: eendeloos, potentieel, ongeleid projectiel?' in: NIER, 2012 nr. 5, p.157-168.